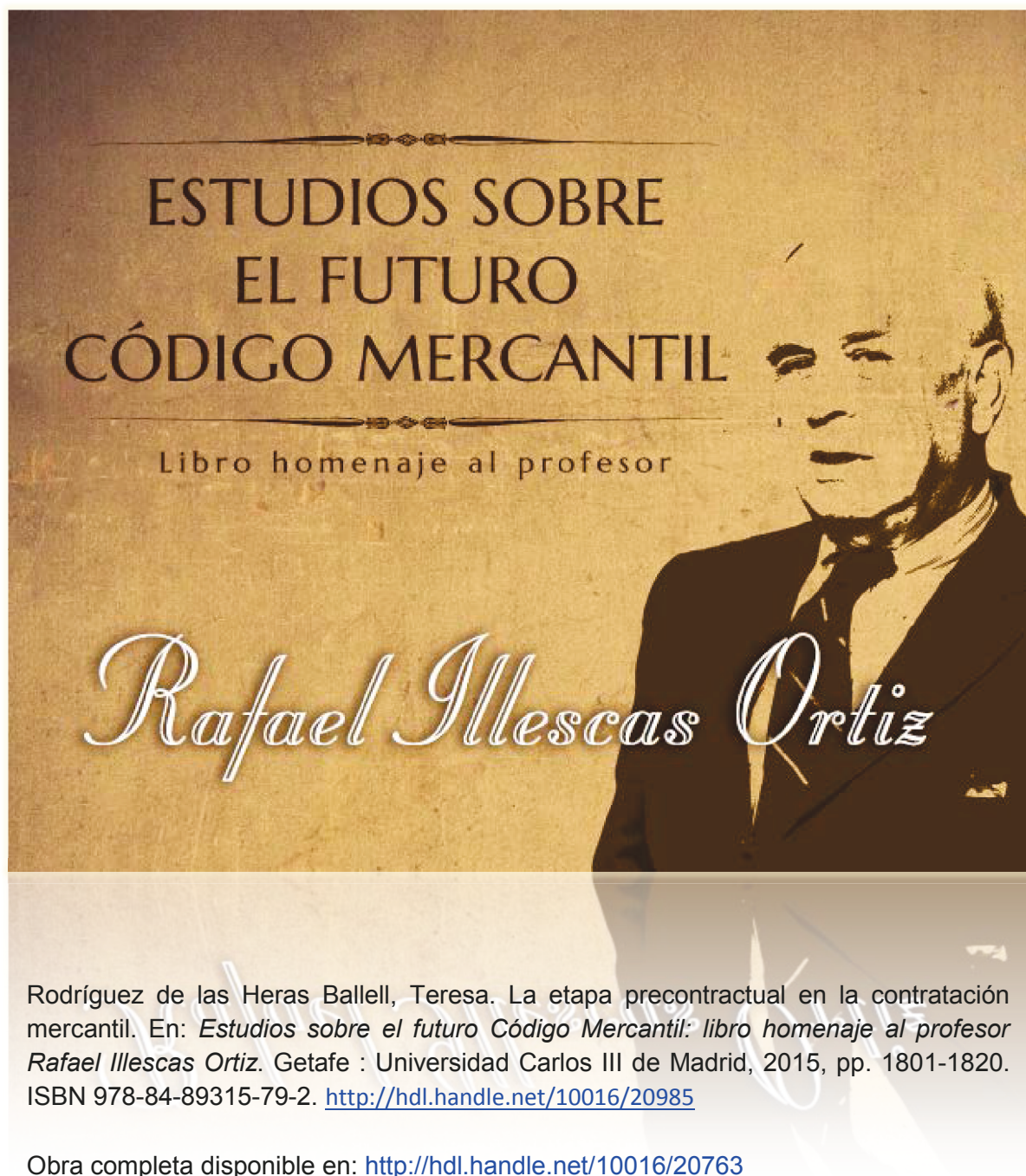




Universidad  
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

# **LA ETAPA PRECONTRACTUAL EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL**

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL \*

## **Resumen**

En el tráfico mercantil, el contrato, como acuerdo de voluntades, es esencialmente el resultado de un proceso de aproximación de posturas que tiene lugar en un determinado contexto transaccional. La extensión y la complejidad del proceso de deliberación, negociación de condiciones y formación del contrato dotan de una significativa relevancia a los tratos preliminares y al conjunto de situaciones previas conducentes a la perfección del contrato. En el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, se incluyen dos disposiciones (artículos 412-1 y 412-2) que, aunque escuetas, representan la primera expresión normativa en nuestro derecho positivo de los deberes propios de la fase preparatoria en la contratación mercantil.

## **Contenido**

1. La formación del contrato: proceso y contexto. – 2. La fase precontractual: definición, contenido y funciones. – 3. Libertad de contratar y protección de la confianza. – 3.1. Interrupción de las negociaciones. – 3.2. Celebración de un contrato inválido. – 3.3. Celebración de un contrato válido. – 4. Deber de confidencialidad en la etapa precontractual. – 4.1. Objeto del deber de confidencialidad. – 4.1.1. Carácter reservado de la información. – 4.1.2. Procedencia de la información. – 4.1.3. Momento y contexto. – 4.2. El contenido del deber de confidencialidad. – 4.3. Responsabilidad por infracción del deber de confidencialidad. – 5. Carácter dispositivo: Acuerdos preliminares.

## **1. LA FORMACIÓN DEL CONTRATO: PROCESO Y CONTEXTO**

En el tráfico mercantil, el contrato, como acuerdo de voluntades, es esencialmente el resultado de un proceso de aproximación de posturas que tiene lugar en un determinado contexto transaccional. La mayor complejidad del negocio, su envergadura económica, la sofisticación del objeto, la pluralidad de las partes, la presencia de elementos internacionales u otras circunstancias concurrentes suelen implicar un proceso preparatorio más largo y costoso y desarrollarse en un contexto compuesto por múltiples y variados factores. En estos supuestos, una aproximación dinámica (proceso) y contextual (contexto) a la contratación adquiere pleno sentido y se hace bien visible.

La extensión y la complejidad del proceso de deliberación, negociación de condiciones y formación del contrato dotan de una significativa relevancia a los tratos

---

\* Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.

preliminares y al conjunto de situaciones previas conducentes a la perfección del contrato deseado. De hecho, frente a una concepción simplificada y, en ocasiones, simplista, del *iter* formativo en el que la perfección del contrato representa un encaje perfecto de dos piezas, oferta – o última contraoferta - y aceptación, mientras que la fase previa se interpreta como una sucesión inconexa e informe de deliberaciones anticipativas del acuerdo, la práctica contractual mercantil proyecta una imagen muy diferente<sup>1</sup>. La formación del contrato es un continuo que transcurre a lo largo de las diversas fases del proceso de negociación y formación de la voluntad. Los denominados actos preparatorios del contrato son auténticas piezas formativas del acuerdo<sup>2</sup> que van componiendo sucesivamente (con posibles retrocesos, desviaciones o bloqueos) el resultado esperado, si son exitosas. Las partes, durante las negociaciones, adoptan acuerdo parciales, cierran pactos que se integran en el contrato final, concluyen acuerdos instrumentales o van progresivamente conformando las condiciones que resultan en la configuración contractual definitiva.

La expresión “actos previos, preliminares o preparatorios” podría hacer que se interpretaran erróneamente como actos innecesarios y de escasa importancia que únicamente anticipan la perfección y aclimatan el acuerdo de voluntades. Ciertamente no son imprescindibles y ni siquiera necesarios, pero cuando preceden a la conclusión del contrato cumplen funciones de innegable importancia con respecto a éste. En la contratación empresarial, el esfuerzo de las partes se centra de forma especial en la fase previa, precontractual o preliminar, sea ésta cooperativa o contradictoria, porque resulta clave para el éxito de la transacción, puede adquirir una apreciable complejidad jurídica, ser fuente de conflictos que se proyectan en el contrato final y a través de ella se despliegan en gran medida las principales decisiones estratégicas. Por tanto, la fase precontractual en el tráfico mercantil ocupa un lugar crítico en la concepción de la contratación como proceso y como contexto.

Pero ni aun siquiera en transacciones que parecen generarse de forma instantánea, una visión estática y descontextualizada del contrato es correcta ni está justificada. La generalización de los contratos de adhesión con condiciones generales en el tráfico económico, propios de la contratación en masa, puede generar la incorrecta percepción de que el grueso de las transacciones son instantáneas y carecen de tratos previos. De un lado, aun en transacciones de este tipo, el contexto en que tienen lugar tiene relevancia jurídica. De otro lado, la reducida o nula capacidad de negociación en numerosos contratos que se perfeccionan como contratos de adhesión con condiciones generales no significa la inexistencia ni la irrelevancia de la fase precontractual. Aunque el esplendor de la etapa precontractual se refleja en largas y complejas negociaciones en las que las partes cooperan o combaten para aproximar sus posiciones, los deberes precontractuales, significativamente las obligaciones de información<sup>3</sup>, son igualmente

---

<sup>1</sup> Muy gráficamente, Allan FARNSWORTH en “Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealings and Fair Negotiations”, *Colum. L. Rev.*, num. 87, 1987, describe esta evolución como el paso de un modelo “single-issue, adversarial, zero-sum bargaining” frente a la imagen real que proyecta la praxis commercial como una “multi-issue, problem-solving, gain-maximizing negotiation”.

<sup>2</sup> ALONSO PÉREZ, M., “La responsabilidad precontractual”, *RCDI*, num. 485, julio-agosto 1971.

<sup>3</sup> BASOZABAL, X., “En torno a las obligaciones precontractuales de información”, *ADC*, Tomo LXII, 2009; GÓMEZ CALLE, E., *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

determinantes de la formación de la voluntad en contratos “sin tratos” que concluyen en la adhesión a las condiciones predispuestas. En la contratación bancaria, las controvertidas operaciones de cobertura mediante permutas de tipos de interés, *swaps* y otros instrumentos financieros han revelado la importancia crucial del cumplimiento de las obligaciones precontractuales para la confirmación de la validez y eficacia de tales contratos, pues aunque el mero incumplimiento de ciertos deberes previos no lleva automáticamente asociada la sanción de nulidad, facilita la apreciación de un error<sup>4</sup> invalidante<sup>5</sup>. La numerosa jurisprudencia emitida en los últimos años sobre estos contratos se aproxima a la cuestión de la validez y eficacia, con mayor o menor acierto y fundamentación más o menos sólida y razonable, desde la perspectiva de la contratación como proceso, en el que las obligaciones precontractuales son determinantes, y desarrollada en su contexto, valorando con detenimiento las condiciones y circunstancias que rodean la transacción. Similar relevancia de las obligaciones precontractuales, aun en transacciones que se plasman en contratos de adhesión o con condiciones predispuestas, se observa en el sector asegurador<sup>6</sup> o en las múltiples manifestaciones de la contratación electrónica<sup>7</sup>.

Si las negociaciones conducen a la perfección esperada del contrato deseado (al menos por una de las partes), la falta de corrección de la fase precontractual puede tener un efecto adverso en la validez y eficacia contractual. Pero si las negociaciones no concluyeron en un acuerdo de voluntades entre las partes, porque se interrumpieron por una de las partes, el contrato ya no ofrece un marco de referencia para evaluar los posibles efectos negativos en la correcta formación y libre emisión del consentimiento. Estas situaciones pueden generar diversos escenarios de responsabilidad que

---

<sup>4</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo en sus Sentencias 840/2013, de 20 de enero de 2014, 385/2014, de 7 de julio de 2014, 384/2014, de 7 de julio de 2014 y 387/2014, de 8 de julio de 2014 advierte que el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la existencia de error vicio pero puede incidir en su apreciación. Por tanto, aunque lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto y los riesgos asociados y no el incumplimiento del deber de información, el Alto Tribunal afirma a continuación que en la medida en que el deber de información recae sobre la entidad financiera, un conocimiento equivocado por el cliente de los riesgos asociados al producto le es excusable a éste último pues depende del correcto cumplimiento por la entidad bancaria de sus deberes de información completa, comprensible y adecuada. De este modo, el incumplimiento de las obligaciones de información precontractual referidas, por tanto, no lleva asociado la inmediata sanción de nulidad del contrato que finalmente se concluyera pero conforma los factores determinantes de un error esencial y excusable en el concreto contexto de la transacción.

<sup>5</sup> Como reconoce con claridad una abundante jurisprudencia, en el error invalidante de conformidad con el artículo 1266 del Código Civil deben concurrir dos condiciones: su esencialidad y su excusabilidad: entre otras y en relación con contratos de permuta financiera, SAP Álava (1ª) de 9-9-11 (FD 2); Asturias-Gijón (7ª) de 29-10-10 (FD 5); Asturias-Oviedo (5ª) de 27-1-10 (FD 7); Ávila (1ª) de 12-1-12 (FD 4); Badajoz (2ª) de 17-5-11 (FD 2); Barcelona (11ª) de 16-12-10 (FD 2) y (19ª) de 9-5-11 (FD 2 y 4); Girona (1ª) de 18-2-11 (FD 5); Islas Baleares-Palma de Mallorca (5ª) de 20-6-11 (FD 4 y 5); Jaén (3ª) de 27-3-09 (FD 2); León (2ª) de 22-6-10 (FD 2); Navarra (1ª) de 11-7-11 (FD 4); Orense (1ª) de 3-1-12 (FD 8); Palencia (1ª) de 30-6-11 (FD 4); Pontevedra (1ª) de 7-4-10 (FD 8); Salamanca (1ª) de 31-1-11 (FD 3); Santa Cruz de Tenerife (3ª) de 2-5-11 (FD 4); Soria (1ª) de 10-10-11 (FD 4); Toledo (1ª) de 2-11-11 (FD 4); Valladolid (1ª) de 3-11-11 (FD 6); y Zaragoza (5ª) de 20-6-11 (FD 10).

<sup>6</sup> El deber de declaración del riesgo del tomador del seguro al asegurador, antes de la conclusión del contrato, es efectivamente un deber precontractual (Artículo 10, Ley 50/1980 del Contrato de Seguro).

<sup>7</sup> Las obligaciones establecidas en el Artículo 27 Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico son obligaciones previas al inicio del procedimiento de contratación.



tradicionalmente se agrupan bajo la debatida categoría de la responsabilidad precontractual<sup>8</sup>.

El valor esencial de los tratos preliminares en la práctica contractual ha contrastado históricamente además con una tradicional desatención<sup>9</sup> normativa<sup>10</sup> sistemática y uniforme. La pluralidad, variedad y heterogeneidad de los actos, negocios, situaciones y contratos instrumentales que pueden concurrir en la informe e indeterminada etapa precontractual dificulta además su tratamiento jurídico.

Los principales instrumentos de Derecho Uniforme de ámbito internacional o europeo habían venido reparando esta situación de dispersión y divergencia con la inclusión de disposiciones expresamente dirigidas a considerar este periodo previo, establecer deberes específicos de las partes y resolver algunas de las delicadas cuestiones de eventual responsabilidad.

En el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil<sup>11</sup> (en adelante, ACM), se incluyen dos disposiciones (artículos 412-1 y 412-2) que, aunque escuetas, representan

<sup>8</sup> La construcción teórica de la *culpa in contrahendo* parte de los trabajos del académico alemán Rudolf von Ihering en la segunda mitad del siglo XIX. La idea es acogida por la doctrina posterior y se incorpora en disposiciones del BGB y del Código civil y del Código de Obligaciones suizos, aunque sin llegar a consagrarse aún como principio general. No es hasta mediados del siglo XX cuando se formulan reglas generales de responsabilidad precontractual en algunos códigos europeos como el griego o el italiano. Posteriormente lo harán otros códigos como el portugués. Junto con este proceso de reconocimiento legislativo, la evolución del marco teórico y de su ámbito de aplicación práctica ha estado vertebrada en todo momento por una activa jurisprudencia alemana. De igual modo, las obras de Faggella imprimieron un desarrollo clave de la figura en la literatura y la jurisprudencia europeas. FAGGELLA, “Dei Periodi precontrattuali e Della loro vera ed escatta costruzione scientifica”, in 4 *Studi giuridici in onore di Carlo fadda* 217 (1906). G., Faggella, “Fundamento giuridico Della responsabilità in tema di trattative contrattuali”, *Arch. Giur.*, 128 (1909); “II periodi precontrattuali e la responsabilità precontrattuale”, *Arch. Giur.*, 18 (1918).

<sup>9</sup> Algunos códigos europeos, como ya hemos mencionado, incluyen, no obstante, expresamente disposiciones generales referidas a la responsabilidad precontractual: Artículos 197 y 198 Código Civil griego, Artículos 1337 y 1338 del Código Civil italiano de 1942 o Artículos 8, 23 y 24 del Código suizo de 1911.

<sup>10</sup> Sobre la evolución y los principales hitos normativos en Derecho comparado y uniforme, ampliamente, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Lealtad en el periodo precontractual”, *ADC*, Tomo LXIII, 2010.

<sup>11</sup> El Artículo 1245 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (en adelante, Propuesta de Modernización) publicada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación en el año 2009, como disposición de apertura del Capítulo destinado a la perfección del contrato (Capítulo II del Título II, De la formación del contrato (arts. 1245 a 1268), ya contenía la configuración y ordenación de la etapa precontractual. CUADRADO PÉREZ, C., “La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte I)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 744, 2014; GARCÍA RUBIO, M.P., “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos”, *ADC*, Tomo LXIII, 2010. El texto del artículo 1245 de la propuesta es:

“1. Las partes son libres para entablar negociaciones dirigidas a la formación de un contrato, así como para abandonarlas o romperlas en cualquier momento.

2. En la negociación de los contratos, las partes deberán actuar de acuerdo con las exigencias de la buena fe.

3. Si durante las negociaciones, una de las partes hubiera facilitado a la otra una información con carácter confidencial, el que la hubiera recibido solo podrá revelarla o utilizarla en la medida que resulte del contenido del contrato que hubiera llegado a celebrarse.

4. La parte que hubiera procedido con mala fe al entablar o interrumpir las negociaciones será responsable de los daños causados a la otra.

En todo caso, se considera contrario a la buena fe entrar en negociaciones o continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo.

5. La infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la

la primera expresión normativa en nuestro derecho positivo de los deberes propios de la fase preparatoria en la contratación mercantil.

Tales disposiciones se ubican sistemáticamente en el Libro Cuarto “De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”, encabezando, tras un breve Capítulo I que con un único artículo (artículo 411-1) recuerda el carácter dispositivo de las normas reguladoras de los contratos (salvo las relativas a su noción y su mercantiles o las que expresamente indiquen lo contrario), el Título I de disposiciones generales. Con el título “De los deberes en la fase preparatoria de los contratos”, el Capítulo II contiene tan sólo los dos artículos referidos: el artículo 412-1 dedicado al deber de confidencialidad y el artículo 412-2 sobre la responsabilidad por los daños causados en la fase preparatoria del contrato. Como revela el propio título del Capítulo II que contiene ambas disposiciones, se renuncia a ofrecer un tratamiento sistemático y completo de la fase precontractual, se elude una definición o determinación de su alcance y se centra exclusivamente en proporcionar sucintas reglas sobre el deber de confidencialidad y los efectos de su incumplimiento y la responsabilidad por los daños causados en las situaciones allí previstas.

La previsión en nuestro derecho positivo de disposiciones relativas a la fase preparatoria del contrato responde a la acertada estrategia de modernización y sistematización de las normas generales aplicables a las obligaciones y contratos mercantiles. No obstante, su brevedad contrasta con la atención y el cuidado prestados a las fases de perfección y modificación del contrato e incluso a las de interpretación y cumplimiento. En conjunto, el ACM opta por acometer junto con la modernización de estas normas, el establecimiento de un marco normativo completo que no sólo se detiene en regular las especialidades que exigiría el tráfico mercantil, sino que, bajo el principio de unidad de mercado, dota de homogeneidad a los principios y reglas básicos contractuales, evitando así el recurso al Derecho civil como supletorio<sup>12</sup>. De hecho, en las dos propuestas de modernización coexistentes de las normas civiles (Propuesta de Modernización) y mercantiles (ACM) las reglas sobre la fase precontractual divergen en su redacción, pudiendo conducir a interpretaciones no coincidentes.

## **2. LA FASE PRECONTRACTUAL: DEFINICIÓN, CONTENIDO Y FUNCIONES**

La definición de la fase precontractual se topa con las dificultades derivadas de su heterogeneidad, la indeterminación sobre su inicio y duración, la pluralidad de actos, negocios y situaciones que pueden concurrir y la necesidad de identificar en actuaciones

---

indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.”

<sup>12</sup> Pasaría así el Derecho mercantil de ser tradicionalmente un Derecho especial a convertirse en un Derecho unitario. MORILLAS JARILLO, M.J., “La formación del contrato mercantil en el Derecho vigente y en los trabajos de reforma: aspectos generales y régimen particular de los contratos de compraventa y seguro”, en VV.AA., *Negociación y Perfección de los Contratos*, PARRA LUCÁN (dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 741 y ss/p. 746.

de tipo social la necesaria finalidad (pre-)contractual. Es, ciertamente, un conjunto informe y heterogéneo de tratos, actos previos, negociaciones, intercambio de información, contratos preliminares y otras actuaciones de más difícil aprehensión.

Con todo, dos criterios claros permiten cumulativamente delimitar sus contornos: un criterio temporal y un criterio finalista. De un lado, la etapa precontractual es lógicamente previa a la perfección del contrato y, por ello, forman parte de ella, los actos, negocios y contratos preliminares que preceden el acuerdo de voluntades buscado por las partes<sup>13</sup>. De otro lado, tales actos, negocios y contratos previos están destinados y dirigidos a alcanzar el acuerdo definitivo para el que las partes negocian. Esta razón finalista o instrumental permite aglutinar actos de naturaleza muy diversa pero orientados a un mismo fin compartido. En la *praxis*, el contrato alcanzado finalmente puede no responder a las expectativas con las que una de las partes o ambas iniciaron las negociaciones e incluso desviarse apreciablemente de las condiciones que esperaban lograr. Por ello, el criterio finalista se refiere no tanto a la consecución de un fin esperado en la forma originariamente concebida por las partes ni siquiera a la conclusión de un acuerdo que resulte plenamente satisfactorio para ambas partes, sino a la idea de que los actos realizados en la fase precontractual, aún incluso de naturaleza contractual, tienen una función instrumental y no son buscados por las partes en sí mismos sino por su orientación hacia el acuerdo final y en la medida en que se presenten como facilitadores del mismo.

Compartiendo ambos criterios, temporal y finalista, la fase precontractual puede contener simples tratos o contactos previos, solicitudes de información, materiales o mensajes comerciales, declaraciones y auténticos contratos preliminares. Los acciones preparatorias pueden iniciarse con una primera muestra de interés o solicitud de información que conducen a la primera oferta o precisamente arrancar con una oferta que pasa a negociarse<sup>14</sup>. No es unánime la determinación del elemento de cierre de la fase precontractual. Una interpretación amplia y omnicomprendensiva permitiría extender la fase precontractual hasta la plena perfección del contrato, asumiendo, no obstante, el diverso tratamiento que ha de dispensarse a unos simples tratos en relación con una oferta irrevocable, o un cruce de contraofertas. Una aproximación más estricta a los actos preparatorios podría detener su extensión hasta la emisión de la primera oferta a partir de la cual se abriría una segunda fase, también pre-contractual (o ante-contractual) inevitablemente, de genuina formación sucesiva del contrato<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> STS (Sala de lo social) de 9 de marzo de 1988, (RJ/1998/2372) en un supuesto de negociación de un convenio colectivo en el sector aéreo, estima que “en un proceso negociador se van produciendo acuerdos parciales de esa finalidad..., pero ese concierto en el consentimiento, salvo decisión expresa de los interesados carece de valor si no se logra el acuerdo global que desean los negociadores”.

<sup>14</sup> No parece que haya inconveniente alguno en admitir que la etapa de tratos preliminares comience con la presentación de una oferta contractual y sea tan larga o tan breve, como lo permita el procedimiento de contratación empleado o lo exija la deliberación - CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, p. 37 -.

<sup>15</sup> MORENO QUESADA distingue con precisión dos momentos antecontractuales: una primera etapa de estrictos tratos preliminares dirigidos a la formulación de una oferta, y una segunda etapa precontractual, abierta precisamente con la formulación de la oferta, y conducente a la celebración del contrato – “La oferta de contrato”, *RDN*, vol. 4, núm. 12/14, 1956 -.

Entre el variado contenido de la fase precontractual, observada ampliamente, el recurso a la celebración de acuerdos o contratos preliminares plantea cuestiones de gran interés que abordaremos más adelante. El proceso de “contractualización” de la fase precontractual se hace particularmente visible en negociaciones complejas, dilatadas en el tiempo, de significativo valor económico o con especiales implicaciones estratégicas. En la contratación empresarial, de hecho, muy frecuentemente las cuestiones derivadas de la fase preparatoria del contrato están asociadas a la interpretación, la ejecución o el incumplimiento de contratos preliminares que apuntalan las negociaciones y señalizan el incierto trayecto precontractual.

Con el amplio y heterogéneo contenido descrito e independientemente de su extensión y complejidad, la fase precontractual cumple al menos tres funciones de gran importancia en relación con acuerdo al que conducen: de interpretación (artículos 4.3 PCCI)<sup>16</sup>, de integración y de identificación de posible vicios de consentimiento.

### 3. LIBERTAD DE CONTRATAR Y PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA

La fase de negociaciones está presidida, como el propio acto de contratar, por el principio de libertad de las partes para iniciar, continuar o desistir de los tratos. Así, de forma expresa, el proyectado artículo 412-2 ACM, en su primer apartado, reconoce implícitamente esta autonomía de las partes en la negociación al afirmar: “(e)n el caso de que se hubieran entablado negociaciones para la celebración de un contrato mercantil, ninguna de las partes incurrirá en responsabilidad por el solo hecho de que no se consiga un acuerdo definitivo”. Se elude, sin embargo, el reconocimiento expreso de la libertad de negociar con el que algunos instrumentos uniformes<sup>17</sup> (artículo 2.1.15 PCCI<sup>18</sup>, artículo 2:301 PDCE<sup>19</sup>), en los que se inspira el proyecto de Código mercantil, encabezan las disposiciones sobre los deberes y la responsabilidad en la fase preparatoria. La libertad de negociar, como manifestación de la libertad de contratar, significa reconocer que las partes son libres para decidir cuándo, con quién negociar, y cómo y por cuánto tiempo extender sus esfuerzos para alcanzar un acuerdo.

---

<sup>16</sup> Incluso la incorporación en el contrato finalmente concluido de una “cláusula de integración” (*merger clause*), como define el art. 2.1.17 PCCI) no excluye los previos acuerdos o declaraciones a efectos de interpretación:

“Un contrato escrito que contiene una cláusula de que lo escrito recoge completamente todo lo acordado, no puede ser contradicho o complementado mediante prueba de declaraciones o de acuerdos anteriores. No obstante, tales declaraciones o acuerdos podrán utilizarse para interpretar lo escrito.”

Ciertamente, distinto es que las partes quieran expresamente pactar en la cláusula que sea así de modo que tampoco se pueda recurrir a los tratos previos para la interpretación del contrato (art. 1.5 PCCI). La *merger clause* es particularmente frecuente en transacciones concluidas en jurisdicciones del *common law*. No obstante, a la misma conclusión llegó la Corte de Apelación en *AXA Sun Life Services PLC v Campbell Martin* [2011] EWCA Civ 133.

<sup>17</sup> Así como la Propuesta de Modernización en el Artículo 1245.1.

<sup>18</sup> Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts*), 2010.

<sup>19</sup> Principios de Derecho Contractual Europeo (*The Principles of European Contract Law*), 2002.



Esta libertad de la partes no es absoluta ni ilimitada sino que aparece enmarcada por el principio de buena fe<sup>20</sup>. No hay tampoco en el texto proyectado una declaración expresa de la buena fe como principio negocial, *in contrahendo*, pero este principio general se proyecta en nuestro ordenamiento sobre todo el proceso de interacción entre las partes<sup>21</sup>. Desde esta perspectiva se interpretaría el segundo apartado del artículo 412-2 cuando establece que “(l)a parte que hubiera negociado o interrumpido las negociaciones con mala fe será responsable por los daños causados a la otra parte” y precisa que “(e)n todo caso se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo”.

El artículo proyectado recogería así la versión negativa por la que han optado también tanto los PCCI como los PDCE (aunque estos literalmente dicen “contrario a la buena fe”): “mala fe”. Con esta formulación podría estarse queriendo evitar la oposición de los países de *common law*, y de forma especialmente contundente del Derecho inglés, a un reconocimiento expreso de la buena fe en la etapa precontractual. Subyacería, por tanto, en este extremo la tradicional divergencia entre tradiciones jurídicas sobre la función de la buena fe y su exigencia en todas las etapas de formación y cumplimiento de los contratos<sup>22</sup>.

El artículo 412-2 proyectado no aprovecha la oportunidad para aclarar la incierta y largamente discutida cuestión de la responsabilidad precontractual y se limita a establecer que la consecuencia jurídica de la mala fe en las negociaciones es la de responder por los daños causados a la otra parte<sup>23</sup>. La determinación de la indemnización y de los mecanismos de tutela es compleja porque hay que contemplar al

---

<sup>20</sup> La observancia de la buena fe en la fase contractual ya se habría exigido en el Derecho Romano, y, en particular, la obligación de informar a cargo del vendedor de una circunstancia conocida que afectaba al objeto de la compraventa (Digesto 19, 1, 13 [2] y [3]). MENGONI, L. (1956), “Sulla natura della responsabilità precontrattuale (comentario a Cass. 5 maggio 1955, n. 1259 y a la decisión del Trib. Roma, 24 gennaio 1955)”, *Il Rivista di Diritto Commerciale*, pp. 362 y 365 a 367.

<sup>21</sup> La buena fe es un principio exigible no sólo en las relaciones contractuales (art. 1278 Cc), sino en el cumplimiento de toda clase de obligaciones y deberes, y en el ejercicio de todo tipo de derechos, recordará Alfonso DE COSSÍO Y CORRAL – *El dolo en el Derecho civil*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, p. 247 -. Además, la buena fe se proyecta sobre la etapa precontractual a partir de la cláusula general del artículo 7.1 Cc o como principio general del Derecho (art. 1.4 Cc), recuerda CABANILLAS, A., “El ámbito de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*”, *RCDI*, num. 628, mayo-junio 1995. La esencia de la doctrina de la buena fe y la *culpa in contrahendo* no es ajena a los sistemas del *common law* aunque el instrumental terminológico sea distinto. Friedrich KESSLER y Edith FINE en su estudio comparativo “*Culpa in contrahendo*, bargaining in good faith, and freedom of contract: A Comparative Study”, 77 *HLR*, 1963-1964, pp. 401-449, comprueban cómo el “duty to disclose”, el concepto de “estoppel”, la noción de “implied subsidiary promise” o la doctrina de “instinct with an obligation” responden a la misma filosofía que la buena fe y la *culpa in contrahendo* en los sistema del *civil law* entre los que estudian el modelo alemán (en particular, breves conclusiones en pp. 408 y 448). En el marco uniforme, el principio de buena fe ha de guiar el proceso de negociaciones, cuya contravención determinará la responsabilidad por los daños y perjuicios causados, así UNIDROIT art. 2.15 en relación con el principio general de buena fe y lealtad negocial del art. 1.7.

<sup>22</sup> FARNSWORTH, E.A., “Duties of Good Faith and Fair Dealing under UNIDROIT Principles: Relevant International Conventions and National Laws”, *Tul. J. Int'l & Comp. L.*, num. 3, 1995.

<sup>23</sup> La Propuesta de Modernización en el apartado 5 del Artículo 1245 trataba de precisar con más detalle, pero sin evitar generar una indeseable confusión, que “(l)a infracción de los deberes de que tratan los apartados anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios. En el supuesto del apartado anterior, la indemnización consistirá en dejar a la otra parte en la situación que tendría si no hubiera iniciado las negociaciones.” CUADRADO PÉREZ, C., “La responsabilidad precontractual en la reforma proyectada: ¿una ocasión perdida? (Parte II)”, *RCDI*, nº 746, 2015, p. 3001.

menos tres escenarios diversos en los que se proyecta la negociación o la interrupción de las negociaciones con mala fe: que no se alcance un contrato, que se celebre un contrato válido o que se celebre un contrato inválido. La redacción propuesta permite plantear las tres hipótesis, en la medida en que la mala fe puede vertebrar las negociaciones que conducen a la celebración de un contrato (válido o inválido) o determinar la forma de interrumpir las mismas y frustrar el acuerdo.

### 3.1. Interrupción de las negociaciones

Si las negociaciones se interrumpen injustificadamente sin alcanzar un acuerdo, la doctrina mayoritaria afirma que habrá de indemnizarse el denominado “interés contractual negativo”<sup>24</sup> o *reliance damages*. En definitiva, la interrupción injustificada, inesperada y arbitraria de los tratos frustra las expectativas razonables de la otra parte que confiaba objetivamente en la continuación de las negociaciones<sup>25</sup>. Se explica así que con tal concepto resarcitorio se pretende colocar a la parte perjudicada en la situación en que se hallaba antes de iniciar las negociaciones, no en el caso hipotético de que se hubiera alcanzado un acuerdo. Ciertamente, esta última posibilidad representaría, de ser aceptada, un demoledor desincentivo para los operadores económicos que rehuirían iniciar negociaciones salvo que la conclusión del acuerdo fuera prácticamente segura.

Por tanto, bajo el concepto de los *reliance damages* serían objeto de compensación los gastos, desembolsos e inversiones que la parte perjudicada hubiera realizado durante las negociaciones y a tal fin. La finalidad y la razonabilidad delimitarán conjuntamente los gastos indemnizables. En efecto, siendo la expectativa razonable y objetiva del buen fin de las negociaciones la que ha de justificar el gasto realizado, ni inversiones innecesarias en esa etapa negociadora, ni gastos suntuosos, ni desembolsos injustificados, habrían de ser objeto de compensación por la otra parte. Por ello, la concreción de la confianza razonable y objetiva en la seriedad de las negociaciones depende estrechamente de las circunstancias. Habrá que tener en cuenta, en consecuencia, el estado de las conversaciones, el comportamiento de las partes, la complejidad de la transacción, la eventual negociación en exclusiva, la superación de tramos de selección previa o, desde luego, la incitación por quien posteriormente interrumpe el proceso a la realización por la otra parte de gastos específicos para continuar las deliberaciones.

La regulación del proyectado artículo 412-2 deja sin resolver expresamente dos cuestiones interesantes y tradicionalmente discutidas.

De un lado, si la referencia a la “mala fe” limita la responsabilidad a los supuestos de actuación dolosa e intencionada, como parecería derivarse<sup>26</sup> de la

---

<sup>24</sup> STS 16 diciembre 1999 (RJ 1999, 8978).

<sup>25</sup> STS 14 junio 1999 (RJ 1999, 4105) concreta los dos requisitos: la creación de una confianza tutelable en la efectiva contratación y la frustración de tales expectativas por la interrupción de las negociaciones sin causa justificada.

<sup>26</sup> La intencionalidad no debería ser un requisito para afirmar la responsabilidad precontractual, como aclara PANTALEÓN, F., “Responsabilidad precontractual: propuestas para un futuro Código Latinoamericano de contratos”, *ADC*, Tomo LXIV, 2011.

redacción del artículo propuesto en línea con los PCCI en este sentido (“tiene la intención”). Si el nacimiento del deber de indemnizar tiene su foco en la frustración de la confianza legítima, cabría admitir la extensión a comportamientos culposos o negligentes<sup>27</sup> pero no a los sencillamente capaces de generar confianza<sup>28</sup> en la otra parte aun en ausencia de culpa. La especificación normativa en el artículo 412-2.2 *in fine* al afirmar que “(e)n todo caso se considera mala fe el hecho de entrar en negociaciones o de continuarlas sin intención de llegar a un acuerdo”, incorpora el elemento intencional en la valoración del comportamiento generador de responsabilidad. En el delicado equilibrio entre la libertad de contratar y el reconocimiento de una responsabilidad precontractual general se ha de situar la decisión sobre la extensión y la concreción de la “mala fe”. En cualquier caso, la confianza que se protege es la legítima, la objetiva y la razonable<sup>29</sup>, pero no se podrán indemnizar los daños que deriven de la errónea valoración de las negociaciones por la parte perjudicada, de su imprudencia, de su actuación negligente o de la precipitación que no se hayan visto alentadas por un comportamiento inadecuado de la otra parte en el sentido de contrario a la buena fe<sup>30</sup>. En la práctica, la dificultad de apreciación vendrá ligada a la valoración de la causa justificada. En la contratación mercantil, se plantea muy frecuentemente si la aparición de un mejor alternativa es una causa suficiente para interrumpir las negociaciones en curso. Salvo en los casos de negociación en exclusiva, la negociaciones paralelas y las estrategias de presión con ofertas alternativas forman parte del tráfico mercantil. Si no se ha generado en la otra parte la confianza en la contratación de forma injustificada y en contra de las exigencias de la buena fe, parece que no hay motivo para no estimar como causa justificada precisamente la posibilidad de concluir un mejor trato. Y, en este caso, consideramos que “mejor trato” sería el que más convenga a la parte que decide interrumpir las negociaciones pues, en ausencia de mala fe, no hay razón para obligar a continuar los tratos aunque sean siquiera, en apariencia, más beneficiosos que los finalmente aceptados. En esto se manifiesta también la libertad de contratar y de negociar.

De otro lado, si cabe igualmente indemnizar junto con el daño emergente la pérdida de oportunidades<sup>31</sup> de negociar y contratar con terceros por razón de las negociaciones posteriormente interrumpidas. La indemnización de este concepto viene marcada por la dificultad de valorar el daño ocasionado y por la propia acreditación de la “oportunidad perdida”. La cuestión es dudosa. De un lado, podría afirmarse que la

<sup>27</sup> No comparte la opinión de quienes (ver nota siguiente) afirman que no es preciso que la conducta sea negligente ASÚA GONZÁLEZ, C., *La culpa in contrahendo*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Leioa, 1989, pp. 161-162.

<sup>28</sup> GARCÍA RUBIO, M.P; OTERO CRESPO, M., “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *InDret*, 2/2010, pp. 41-42; MEDINA ALCOZ, M., “La ruptura injustificada de los tratos preliminares: notas sobre la responsabilidad precontractual”, *RD*, mayo-junio/2005, p. 104.

<sup>29</sup> STS 15 octubre 2011 (RJ 2011, 7400) no estima fundada la confianza alegada por la sociedad demandante frente al socio que declaró en la junta que suscribiría las participaciones no suscritas por los otros socios para completar la ampliación de capital y posteriormente se retractó.

<sup>30</sup> STS 5 abril 1999 (RJ 1999, 1873) explica la “falta de buena fe” como actuación maliciosa, o de mala fe, o “lo que es igual, que con su conducta no justificativa, se apartase, sin razón alguna, o caprichosamente, del iter negocial ya iniciado”.

<sup>31</sup> MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

pérdida de oportunidad es un riesgo inherente al proceso negocial y al ejercicio de la actividad económica que implican elegir y descartar, que la parte perjudicada siempre podría haber optado por considerar otras oportunidades de negocio e iniciar negociaciones en tal sentido si las hubiera estimado más ventajosas, que la mera oportunidad podría haberse diluido en el primer contacto y ni siquiera concretarse en el inicio de negociaciones alternativas, que las supuestas oportunidades de negocio alternativas podrían haber sido descartadas voluntariamente por la parte afectada porque resultaban menos atractivas que aquella a la que se dirigía la negociación posteriormente interrumpida, que no es fácil determinar *ex post* cuándo hay una oportunidad perdida que fue efectivamente real en el momento de iniciar las negociaciones frustradas. En definitiva, la indemnización de esta parte del lucro cesante está cargada de incertidumbre e imprecisión. Sin embargo, aunque esto dificulte su acreditación no tiene que implicar necesariamente su exclusión de los conceptos resarcibles. Por tanto, siempre cabría admitir la indemnización de la pérdida de oportunidades debidamente acreditadas.

Esta afirmación gana especialmente sentido al constatar que la actuación de la otra parte ha sido de mala fe y que, en particular, significa actuar con mala fe el iniciar o continuar negociaciones sin intención de llegar a un acuerdo. Pues, en este caso, parece haber una intención de bloquear a la otra parte en unas negociaciones estancadas y sin futuro posible, alimentando la confianza de la parte perjudicada en un buen fin que le impide apreciar temporáneamente otras opciones de salida. Naturalmente, el baremo para el resarcimiento en tal caso no son las ventajas que podrían haberse derivado de la eventual e incierta conclusión de un negocio alternativo y finalmente perdido, sino la mera desaparición de tal oportunidad del horizonte de lo posible.

### 3.2. Celebración de un contrato inválido

Si las negociaciones concluyen en la celebración de un contrato que resulta ser inválido por el incumplimiento de alguno de los deberes precontractuales, el escenario para la valoración de los remedios disponibles pasa a ser contractual<sup>32</sup>. Los casos de infracción de deberes de información precontractual o de actuación contraria a la buena fe que causa error de la otra parte en la conclusión del contrato son supuestos que habitualmente van a mostrarse en coordenadas ya contractuales. En el marco del reparto de riesgos entre las partes del contrato, la excusabilidad del error<sup>33</sup> de una parte vendría determinada por la actuación de la otra que lo provocó o, pudiendo hacerlo, no lo evitó.

La abundantísima jurisprudencia de los últimos años sobre contratación de productos financieros por clientes minoristas ilustra esta categoría fenomenológica y permite desvelar el debate de fondo. Una de las cuestiones de mayor relevancia, ante el silencio normativo, es cuáles serían los remedios disponibles en estos supuestos. Si la

---

<sup>32</sup> No obstante, sobre la naturaleza contractual o extracontractual de la reclamación en estos supuestos, ASÚA GONZÁLEZ, C.I., “Responsabilidad en la formación del contrato (Responsabilidad precontractual)”, en VV.AA., *Negociación y Perfección de los Contratos*, PARRA LUCÁN (dir.), *op.cit.*, pp. 139 y ss/pp. 169-171.

<sup>33</sup> MORALES MORENO, A.M., *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, 1988.



actuación precontractual deriva en un error vicio del consentimiento, se plantea si la anulación del contrato por tal vicio es además compatible con la exigencia de un resarcimiento de los daños por responsabilidad precontractual. De aceptarse esta compatibilidad, el resarcimiento exigible sería el de los daños ocasionados por la celebración de un contrato inválido por error imputable a la otra parte. Por otro lado, es interesante plantear la posibilidad de recurrir al incumplimiento contractual<sup>34</sup> como remedio ante la infracción de deberes precontractuales que se proyectan finalmente sobre el objeto o el incumplimiento del contrato<sup>35</sup>. En estos casos, la información precontractual se integra en el contrato determinando así una prestación defectuosa o falta de conformidad. El ejemplo más relevador sería aquel en el que una de las partes proporciona información falsa o incorrecta sobre el objeto del contrato o las condiciones del mismo (p.e. sobre la autenticidad, la calidad o la características del objeto) y tal información se integra contractualmente definiendo el programa prestacional. Entonces, la prestación, que realmente no responde a lo anunciado en la etapa preliminar, al ejecutarse, no será inevitablemente conforme con lo pactado.

En este contexto, las reglas uniformes reguladoras de los contratos internacionales de compraventa de mercaderías (Convención de Viena de 1980, en adelante CNUCCIM) ofrecen una interesante perspectiva. Ha sido larga y debatida la cuestión de si la CNUCCIM contemplaba de algún modo la etapa precontractual<sup>36</sup>. El seguimiento de las negociaciones llevaría a concluir casi irremediabilmente que la Convención no incluye referencia alguna la responsabilidad precontractual. Sin embargo, un cuidadoso análisis del texto revela la existencia de algunos puntos en los que podría anclarse el andamiaje de la responsabilidad precontractual. El profesor ILLESCAS<sup>37</sup> advierte con acierto que un conjunto de disposiciones permitiría armar una interpretación favorable en tal sentido: el artículo 7 al referirse a la buena fe, el proceso formativo que vertebra los artículos 14 a 24 y que incluye la previsión de las invitaciones a hacer ofertas, la referencia en el artículo 8 a la intención de las partes y a la persona razonable en conexión con las negociaciones previas; y, finalmente, una habilidosa interpretación del artículo 40. Esta disposición del texto uniforme sanciona al vendedor con la pérdida de la facultad de invocar los artículos 38 y 39, “si la falta de conformidad se refiere a hechos que conocía o no podía ignorar y que no haya revelado al comprador”. En la medida en que el artículo 40 no especifica referencia temporal

---

<sup>34</sup> MORALES MORENO, A.M, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2010; REDONDO TRIGO, F., “El deber de información precontractual en las adquisiciones de empresas. En torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2010”, *RCDI*, num. 727; STS de 15 de junio de 2010 (RJ 2010/5151).

<sup>35</sup> En el Derecho uniforme, los PCCI optan por la incompatibilidad de los remedios en línea con la fuerza aglutinadora de la “falta de conformidad”, mientras que los PDCE y el DCFR se decantan por la solución prudente de la posible compatibilidad de remedios si se satisfacen los presupuestos. Con detalle y profundidad sobre este tema, FENOY, N., *El sistema de protección del comprador*, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2006.

<sup>36</sup> GODERRE, D., “International Negotiations Gone Sour - Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention”, *U. Cincinnati Law Review*, num. 66, 1997; SPAGNOLO, L., “Opening Pandora’s Box: Good faith and precontractual liability in the CISG”, *Temp. Int’l & Comp. L.J.*, num. 21, 2007

<sup>37</sup> ILLESCAS ORTIZ, R., “Chapter 3 - Precontractual Liability: Civil Law”, manuscrito suministrador por el autor.

alguna, nada impide que se aplique a supuestos de infracción del deber precontractual de información por parte del vendedor. Entonces, la parte contractual, el vendedor en este caso, que conocía o no podía ignorar hechos que afectaban a la conformidad y que no reveló al comprador, no puede oponer al comprador que invoque la falta de conformidad el hecho de que las mercancías no se examinaran de acuerdo con lo previsto en el artículo 38 (plazo más breve posible atendidas las circunstancias) o no se comunicara la no conformidad al vendedor según lo indicado en el artículo 39 (plazo razonable, máximo dos años, garantía contractual).

### **3.3. Celebración de un contrato válido**

A diferencia del conjunto de supuestos analizados en el epígrafe anterior bajo la categoría de contratos que resultan inválidos por causa de la infracción de deberes precontractuales, en este caso, a pesar de la actuación inadecuada de una de las partes durante las negociaciones, el contrato no resulta aquejado de invalidez. Por ello, no cabe para la parte perjudicada acudir a la anulación del contrato. La alternativa entonces se bifurca en dos posibilidades. De un lado, admitir la viabilidad de un remedio resarcitorio, de modo que la parte perjudicada puede, sin solicitar la anulación del contrato, exigir la indemnización de los daños ocasionados (p.e. la diferencia de valor entre la prestación esperada conforme a las expectativas creadas por la parte infractora de sus deberes precontractuales y la prestación efectivamente recibida). De otro lado, en aras también de la preservación del contrato (*in favor negotii*), plantear la posibilidad de una renegociación de las condiciones para ajustar la realidad a lo esperado. El proyectado artículo 416-2 ACM nos permitiría acudir a esta medida al definir la “onerosidad sobrevenida” que permitiría solicitar la renegociación sin demora como la ocurrencia o el conocimiento de “sucesos que alteren fundamentalmente el equilibrio de las prestaciones, siempre que esos sucesos no hubieran podido preverse por la parte a la que perjudiquen, escapen al control de la misma y ésta no hubiera asumido el riesgo de tales sucesos”. En efecto, cabría considerar que el descubrimiento por la parte perjudicada de hechos no revelados durante las negociaciones o de la incorrección o falsedad de informaciones transmitidas por la otra parte en la etapa precontractual significa la aparición de sucesos no previstos por la parte perjudicada, fuera de su control y de los que no pudo asumir el riesgo porque desconocía.

## **4. DEBER DE CONFIDENCIALIDAD EN LA ETAPA PRECONTRACTUAL**

La fase de negociaciones consiste esencialmente en un proceso de intercambio y verificación de información entre las partes con objeto de aproximar sus posturas, confirmar su interés, definir el ámbito de posible acuerdo y anticipar los riesgos. En definitiva, la progresiva formación de la voluntad de las partes se basa en la amplitud, certeza, pertinencia y adecuación de la información revelada durante las negociaciones. En este contexto, la información que tiene mayor valor para conformar y, en su caso,

precipitar la consecución de un acuerdo es naturalmente aquella que no es pública ni está disponible para terceros no involucrados en la negociación.

En este proceso de revelación de información privada o confidencial las partes se debaten entre dos fuerzas contrapuestas. De un lado, las condiciones de la futura transacción dependen de la correcta valoración de los riesgos y apreciación de los beneficios del negocio, lo que anima a las partes a reclamar y suministrar toda la información relevante. De otro lado, sin embargo, ante la incertidumbre de la consecución o no del acuerdo final, una revelación selectiva y controlada de la información clave resulta la práctica más prudente. Por sus características, la información una vez divulgada tiene efectos irreversibles y genera daños difícilmente reparables. Por ello, los acuerdos de confidencialidad (NDA – *Non-Disclosure Agreements*), como acuerdos independientes o como cláusulas de confidencialidad incorporadas en otros pactos, son los acuerdos preliminares más frecuentes en la fase precontractual y de celebración más urgente y temprana. En estos acuerdos se determina la información sujeta a reserva, se establece el deber de confidencialidad y se establecen sus consecuencias, generalmente mediante cláusulas penales, en caso de incumplimiento. Ante la falta de un acuerdo entre las partes sobre la calificación de la información suministrada y los deberes sobre la misma, es preciso analizar las reglas aplicables.

El Capítulo II, “De los deberes en la fase preparatoria de los contratos”, se abre con el artículo 412-1 titulado “Deber de confidencialidad”. Esta posición de apertura del capítulo, anterior a la disposición de alcance y objetivo más general como es el artículo 412-2, y su propio título en sentido afirmativo, puede generar a primera vista una percepción equivocada. De hecho, la regla general es precisamente la ausencia de confidencialidad. Así, por ejemplo, salvo que las partes hayan previsto expresamente otra cosa, el hecho de que las partes estén negociando no es confidencial. Por tanto, el objetivo del artículo es determinar en qué momento nace un deber de reserva precontractual y con qué alcance; para establecer a continuación las consecuencias de su eventual incumplimiento.

El escenario en el que entra en juego el artículo 412-2 debe ser el de ausencia de acuerdo entre las partes (acuerdo o cláusula de confidencialidad). Es decir, si las partes hubieran suscrito un acuerdo de confidencialidad, la naturaleza de la información, el alcance del deber de secreto y las consecuencias del incumplimiento habrán de determinarse de conformidad con lo pactado. Así lo especifica el proyectado artículo 440-1 al establecer que “(s)e podrá acordar el carácter confidencial de la información que se conozca o vaya a conocer durante las negociaciones o la vigencia del contrato”.

El artículo proyectado (art. 412-2 ACM) que estudiamos ahora impone a las partes que se encuentran en negociaciones un deber específico de confidencialidad sobre determinada información y con ciertas consecuencias.

#### **4.1. Objeto del deber de confidencialidad**

El objeto del deber de confidencialidad se concreta en “la información reservada que con este carácter reciba de la otra en el curso de las negociaciones”. A partir de esta

descripción, se extraen los tres criterios de delimitación del ámbito objetivo: carácter de la información, procedencia y momento temporal. Así, el deber de confidencialidad recae sobre la información reservada que procede de la otra parte y que llega a conocerse en el curso de las negociaciones y con ocasión de las mismas.

#### 4.1.1. Carácter reservado de la información

Para determinar el primer elemento del ámbito objetivo del deber de confidencialidad precontractual, el carácter reservado, se ha empleado un criterio subjetivo o volitivo. Será reservada la información que así sea calificada por quien la comunica. Esto significa que no es el contenido de la información ni su referencia a determinados aspectos comerciales, empresariales, financieros, estratégicos, ni siquiera su capacidad de generar daños en caso de revelación no autorizada, ni tampoco su carácter privado, lo que determina su tratamiento reservado. Con una expresión circular, el artículo proyectado atribuye el carácter confidencialidad a la información que así haya sido calificada por quien la emite. Esta fórmula plantea diversas cuestiones.

Es claro que la manifestación del carácter reservado podrá ser expresa. La cuestión es si cabe admitir también una reserva tácita. Si de la naturaleza del contrato, de las circunstancias o de los usos y prácticas previos podría inferirse el carácter confidencial <sup>38</sup>. Admitir esta postura es razonable pero genera inevitablemente incertidumbre sobre el nacimiento del deber de confidencialidad y su alcance. La expresión “que con tal carácter reciba” describe claramente los supuestos de reserva expresa. Sin embargo, a falta de esta mención o advertencia de la parte emisora, el terreno se vuelve resbaladizo. La expectativa de confidencialidad de la parte emisora sobre una determinada información por razón de su naturaleza, las circunstancias del caso o las prácticas o usos previos puede no verse correspondida por la percepción de su carácter reservado o no que reciba la parte receptora. Y sin embargo, la parte emisora confiará en su tratamiento confidencial, mientras que para la parte receptora no habría nacido un deber de secreto con un objeto y un alcance inciertos.

La carga de la prueba sobre el carácter reservado de la información recaerá en la parte emisora.

Tampoco la disposición proyectada advierte que la información objeto del deber de confidencialidad haya de tener carácter privado, en la medida en que no cabría infracción del deber de reserva sobre una información que es de dominio público o llega a ser de dominio público, sin que haya sido resultado del propio incumplimiento del deber (artículo 440-1.3º *in fine*). Ciertamente, en tales casos, no cabría alegar daño alguno derivado causalmente de la revelación, dado que no gozaba ya de carácter reservado.

---

<sup>38</sup> Así lo consideran VOGENAUER, S.; KLEINHEISTERKAMP, J. (Eds), *Commentary on the Unidroit Principles on International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 307-309.



#### 4.1.2. Procedencia de la información

El artículo proyectado limita la información objeto de reserva a la “recibida de la otra parte”. El artículo 2.1.16 PCCI es aún más claro al indicar: “Si una de las partes proporciona información como confidencial durante el curso de las negociaciones, la otra tiene el deber de no revelarla (...)”. Este planteamiento basado en el criterio de la procedencia de y no de la referencia a, parece implicar que no es relevante si es la información relativa a la otra parte contratante sino si es proporcionada por ella en el curso de las negociaciones. En definitiva, si la información es recibida de un tercero ajeno a las negociaciones, el criterio de la procedencia parecería liberar al receptor del deber de reserva. La discreción es debida a la contraparte en las deliberaciones para asegurar un clima de confianza y lealtad comercial que permita a las partes libremente, o al menos con un nivel razonable de certidumbre, intercambiar información necesaria, relevante y pertinente para lograr un acuerdo en las condiciones más eficientes.

El empleo de los verbos “recibir” o “proporcionar” en los textos referidos obliga además a plantear el tratamiento que merecería la información que una de las partes negociadora “llega a conocer” en el marco de las negociaciones pero no es proporcionada por la parte afectada por ella. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad que de la “filtración” de la información pudiera derivarse en el seno de la organización a la que se refiere (infracción del deber de diligencia del administrador que deja a la vista datos confidenciales, violación de una obligación contractual de confidencialidad de unos de los directivos, etc).

#### 4.1.3. Momento y contexto

La información sujeta a eventual deber de reserva se ha de recibir en el curso de las negociaciones. Así, se establece un criterio temporal (fase precontractual) y a la vez contextual (en el marco de las negociaciones). Surge entonces la cuestión de si basta con que la información se transmita en este contexto para que pueda quedar sujeta a un deber de secreto o si además deben ser hechos o datos relativos al contrato, negocio u operación que está siendo objeto de negociación. Es decir, que la información no sólo se proporcione en el curso de las negociaciones sino que se refiera, de hecho, a las negociaciones. Aunque pueda resultar contradictorio, en la práctica empresarial pueden surgir situaciones en las que en el contexto negociador surja una información ajena a la operación en curso que se da a conocer, sin embargo, con ocasión de los tratos previos.

El deber de confidencialidad es típicamente precontractual, por tanto, ha de guardarse independientemente de que se concluya o no posteriormente el contrato, como advierte el artículo 2.1.16 PCCI y el artículo 2:302 PDCE, salvo en la medida en que resulte del contrato que llegue finalmente a celebrarse (art. 1245.3 Propuesta de Modernización).

#### **4.2. El contenido del deber de confidencialidad**

El artículo proyectado es extraordinariamente sucinto y, por ello, no detalla el contenido del deber de confidencialidad más allá de la evidente obligación de mantener la reserva o discreción. Bajo esta interpretación, el deber se habría configurado esencialmente como una obligación de no hacer (no revelar) en su proyección externa. Por tanto, infringe la reserva quien desvela a terceros la información recibida. Junto con esta vertiente negativa del no hacer, el deber de confidencialidad se proyecta igualmente sobre una dimensión activa, que implica la adopción de las medidas adecuada para mantener la información recibida bajo la debida reserva. En ambos casos, la infracción se limita a su revelación externa.

El artículo 2.1.16 PCCI, sin embargo, extiende el alcance de la obligación e incorpora una perspectiva interna ausente en el artículo proyectado al añadir al deber de no revelar el de no “utilizarla injustificadamente en provecho propio”. El uso en beneficio propio de la información recibida puede no implicar que la información haya perdido su carácter confidencialidad en la medida en que puede no haberse revelado a terceros diferentes de las partes implicadas en las negociaciones.

Similar extensión del contenido obligacional encontramos en el artículo 2:302 PEDC al advertir que la obligación de la parte que recibe la información consiste en “no revelar la información recibida, ni (a) utilizarla para sus propios fines”.

#### **4.3. Responsabilidad por infracción del deber de confidencialidad**

El artículo proyectado establece sencillamente en su segundo apartado que “(l)a parte que infrinja el deber de confidencialidad responderá de los daños y perjuicios que ocasione a la otra parte la infracción de ese deber”. La sucinta expresión de la disposición plantea entonces la duda de si sólo puede reclamarse a la parte infractora la compensación de los daños causados por el incumplimiento o si, en caso de que no se causaran daños, cabría exigir la restitución del beneficio obtenido indebidamente por la parte infractora. Esta cuestión resulta en este caso particularmente pertinente en la medida en que la infracción del deber, sobre todo, cuando se produce mediante el uso injustificado en provecho propio del infractor, no siempre permite acreditar daños ocasionados a la otra parte, son difícilmente mensurables, se dilatan en el tiempo o se manifiestan difusamente.

La dificultad en este punto, dada la redacción de la disposición, es confirmar si es preciso que se ocasionen daños para poder reclamar adicionalmente la restitución de los beneficios obtenidos por el infractor. En definitiva, si los beneficios injustificadamente obtenidos son una medida para el cálculo de los daños, cuya existencia, por tanto, se presume, o si cabe reclamar exclusivamente la restitución del beneficio obtenido aun sin que la otra parte haya sufrido daño alguno.

Los textos uniformes abordan expresamente esta cuestión aunque no ofrecen pautas definitivas para aclarar este planteamiento.

El artículo 2.1.16 PCCI establece que, “(c)uando fuere apropiado, la responsabilidad derivada del incumplimiento de esta obligación podrá incluir una

compensación basada en el beneficio recibido por la otra parte”. Al decir “podrá incluir” parece presumir la existencia de una compensación por daños, probados y de cuantía acreditada, en la que se integra una cantidad adicional consistente en la restitución de los beneficios.

Por su parte, el artículo 2:302 PEDC contiene lo que algunos autores consideran una regla especial relativa a la violación de los deberes de confidencialidad cuando señala: “(l)a inobservancia de este deber puede incluir una compensación por pérdida sufrida y la restitución del beneficio obtenido por la otra parte”. La opción de los PEDC, en este sentido, sería la más clara al distinguir en la compensación posible dos fundamentos independientes: pérdida sufrida y beneficio obtenido por la otra parte. En este supuesto se interpreta que el art. 2:302 PEDC establece el derecho a un resarcimiento integral y una regla de restitución de beneficios que sería asimilable a la restitución de los enriquecimientos injustificados y es aplicable incluso si la otra parte no ha sufrido ningún daño. Con esta interpretación<sup>39</sup> se aclararía la cuestión de si deben darse conjuntamente, de forma tal que no cabe compensación ni restitución sin daño acreditado, o si pueden darse de forma separada, confirmando esto último.

## 5. CARÁCTER DISPOSITIVO: ACUERDOS PRELIMINARES

El Libro Cuarto “De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”, donde se encuadran las disposiciones sobre los deberes en la fase preparatoria del contrato, comienza con una declaración general sobre el carácter dispositivo de sus normas. Así, el artículo 411-1 ACM establece que “(l) as normas que regulan los contratos, excepto las relativas a su noción y su mercantilidad, tienen carácter dispositivo salvo que en ellas se establezca expresamente otra cosa, y en consecuencia se aplicarán salvo pacto en contrario entre las partes”. Los artículos 412-1 y 412-2 no se refieren a los asuntos excluidos (noción y mercantilidad) ni parecen declarar expresamente su imperatividad. Por tanto, las partes podrán configurar la fase preparatoria apartándose de los estándares legales establecidos para ese periodo preliminar.

La práctica mercantil confirma ampliamente este escenario. Las partes apuntalan sus negociaciones con diversos acuerdos preliminares, de diversa extensión y variada denominación - cartas de intenciones (unilateral o aceptada por la otra parte con compromisos bilaterales), *memorandum of understanding*, acuerdos de confidencialidad (*Non-Disclosure Agreements*), *term sheets*, simples acuerdos para negociar - dirigidos precisamente a definir el marco en el que pretenden desarrollar los tratos, intercambiar información y negociar la conclusión del contrato. En ocasiones, en una fase más avanzada de la negociación, las cartas de intenciones u otros acuerdos preliminares de diversa denominación fijan los extremos sobre los que eventualmente ya se ha alcanzado un acuerdo para consolidar sobre ellos la negociación que debe continuar hacia el acuerdo definitivo. Entre los más habituales acuerdos preliminares se

---

<sup>39</sup> DÍEZ- PICAZO, L.; ROCA TRIAS, E.; MORALES MORENO, A.M., *Los Principios de Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 199.

encuentran los pactos o contratos de confidencialidad. En ellos, las partes delimitan el objeto (información confidencialidad: categoría de información, momento de intercambio, soporte, fuente, relación o no con las negociaciones), concretan el deber de reserva (qué significa revelar, si implica aprovechamiento en beneficio propio, si ha de causar daño o la mera infracción del deber implica incumplimiento) y regulan sus consecuencias (fundamentalmente mediante cláusulas penales). Todos estos negocios jurídicos forman parte de la etapa precontractual con la función de gestionar los riesgos de la negociación, aclarar el valor jurídico de la actuación de las partes en las deliberaciones y apuntalar las condiciones y los deberes bajo los que ha de conducirse la interacción entre las partes. Su incumplimiento generaría, en principio, responsabilidad contractual en relación con cada acuerdo y en las condiciones previstas (con frecuente inclusión de cláusulas penales para el caso de incumplimiento) aunque emerge, no obstante, todavía en un periodo precontractual y en relación con negocios jurídicos preliminares, instrumentales o preparatorios. En el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes diseñan mediante pacto el marco negocial, sus deberes y las consecuencias de su incumplimiento, en paralelo a las normas dispositivas sobre la fase preparatoria del contrato.

Esta “contractualización” de periodo precontractual arrastra interesantes cuestiones.

En primer lugar, hay que plantear si la obligación de negociar de buena fe puede ser impuesta, excluida o limitada por acuerdo de las partes. La posibilidad de imponer el deber de actuar de buena fe, naturalmente, sólo tiene sentido en aquellos ordenamientos en los que no se reconozca de forma expresa o se cuestione su existencia. Ni en estos casos ni en los de aquellas jurisdicciones donde expresamente se reconoce, la libertad de las partes para acordarlo y concretar sus específicas manifestaciones plantea duda alguna sobre su viabilidad. Lo más interesante, sin duda, es la posibilidad de que las partes configuren la plasmación concreta de la buena fe en la negociación mediante la concreción de reglas de conducta específicas. En la determinación de estas reglas, específicas o genéricas, las partes acuerdan qué comportamientos y en qué condiciones las partes pueden realizar durante las negociaciones, así como prever las consecuencias de un eventual incumplimiento. En este punto, entonces, la cuestión pasa a ser si en la concreción de tales conductas específicas, las partes podrían excluir<sup>40</sup> o limitar las exigencias de la buena fe. Los artículos 1:201 PDCE y 1.7 PCCI son contundentes en rechazar esta posibilidad. Sin embargo, si bien no cabe la exclusión o limitación de la responsabilidad por comportamiento doloso en virtud del artículo 1102 Cc, no hay motivo para no admitir la modificación convencional de la responsabilidad en caso de culpa o negligencia, por tanto, la posibilidad de modificar las consecuencias de la infracción del deber precontractual de buena fe. En tal sentido, el efecto práctico más esperado es que las partes podrían acordar que cualquiera de ellas pueda abandonar o

---

<sup>40</sup> Sobre la posibilidad de excluir el deber de negociar de buena fe (*disclaimer*), FARNSWORTH, “Precontractual Liability...”, *op.cit.*, p. 342, cita jurisprudencia que se ha mostrado particularmente receptiva a admitir los acuerdos de las partes para excluir o limitar la responsabilidad precontractual: *Rutledge v. Housing Auth.*, 88 Ill. App. 3d 1064, 411 N.E.2d 82 (Ct. App. 1980); *Burst v. Adolph Coors Co.*, 503 F. Supp. 19 (E.D. Mo. 1980), *aff'd*, 650 F.2d 930 (8th Cir. 1981).



interrumpir las negociaciones en cualquier momento, alegando o no motivos previamente establecidos, sin que de ello derive responsabilidad alguna, limitando tal responsabilidad en cuantía o en extensión de los daños resarcibles (excluyendo la pérdida de oportunidad o limitando el daño emergente indemnizable) o determinando unas consecuencias específicas para tal supuesto (cláusula penal). Todo ello a salvo el supuesto de dolo<sup>41</sup> pero sin más limitaciones que ésta.

En segundo lugar, nos preguntamos con qué extensión las partes podrían, por el contrario, agravar las consecuencias en caso de interrupción de las negociaciones con o sin mala fe. El agravamiento puede instrumentarse bien mediante la extensión de los daños indemnizables (gastos realizados que no sean estrictamente necesarios, inversiones específicamente establecidas en el contrato) o la fijación de una generosa cláusula penal<sup>42</sup>; o bien mediante la previsión de indemnización en caso de interrupción de las negociaciones o no conclusión de un acuerdo sin mala fe, o incluso por motivos justificados o caso fortuito. Bajo este último supuesto en realidad subyace el planteamiento de si el alegado carácter dispositivo del artículo 412-2.1 ACM significa que las partes pueden limitar en toda su extensión la libertad de negociar. Una elevada penalidad para el caso de interrupción o sencillamente no continuación de las negociaciones puede ejercer un extraordinario efecto disuasorio. Más aún, la imposición de una pena desproporcionada para el caso en el que las partes no alcancen un acuerdo condiciona su libertad de contratar, en este caso, de no hacerlo, lo que podría considerarse contrario al orden público; pero también una cláusula de exclusividad lo hace, sin perjuicio de las normas de la competencia.

En tercer lugar, es paradójico observar en la práctica comercial cómo estos acuerdos preliminares se emplean precisamente para desactivar el riesgo de las partes de quedar vinculadas por su actuación negociadora más allá de lo esperado y deseado<sup>43</sup>. Por ello, es frecuente la inclusión en estos acuerdos de una cláusula que expresamente excluye el carácter vinculante de las disposiciones del acuerdo que se califican de meras intenciones, salvo algunas disposiciones como las relativas al deber de negociación en exclusiva, confidencialidad o representación. De ahí que resulte tan sugerente la cuestión de si los acuerdos preliminares son vinculantes o si las partes pretenden realmente que lo sean<sup>44</sup>. Y ello nos llevaría a valorar si en caso de considerarlos vinculantes, cabría exigir su cumplimiento entonces. Es decir, si podría exigirse el cumplimiento específico de un acuerdo preliminar que condujera, en la práctica, a exigir la continuación de las negociaciones de buena fe, como estaba pactado. Un resultado en este sentido carecería de lógica económica, arrastraría a una situación de ineficiencia y conduciría a un escenario de inviabilidad jurídica.

---

<sup>41</sup> PANTALEÓN, “Responsabilidad precontractual: Propuestas...”, *op.cit.*, 2011, p. 905.

<sup>42</sup> Sobre la posibilidad de la moderación judicial, FELIU REY, J., “Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo”, *ADC*, Tomo LXVII, 2014.

<sup>43</sup> CARRASCO PERERA, A., “Cartas de intenciones, precontratos, responsabilidad in contrahendo y obligatoriedad de los tratos en la jurisprudencia española”, *AC*, núm. 21, abril 2006.

<sup>44</sup> SCHWARTZ, A. & SCOTT, R., “Precontractual Liability and Preliminary Agreements”, *Harv. L. Rev.*, num. 120, 2006-2007.